

VU Research Portal

Case note: Hof Amsterdam (Geenstijl/Playboy)

Lodder, A.R.

2014

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Lodder, A. R., (2014). *Case note: Hof Amsterdam (Geenstijl/Playboy)*, No. 39, Nov 19, 2013. (Computerrecht; No. 2).

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

3. Beslissing

Het hof:

vernietigt het vonnis, en opnieuw rechtdoende:
verklaart voor recht dat GS Media inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van[fotograaf], die in dit geding door Sanoma wordt vertegenwoordigd, door een uitsnede van één van diens meerbedeelde foto's op de website GeenStijl te plaatsen;
verbiedt GS Media verdere openbaarmaking van deze uitsnede;
bepaalt dat GS Media een dwangsom verbeurt van € 1.000,- voor iedere dag dat zij niet voldoet aan voormeld verbod, met een maximum van € 50.000,-;
verklaart voorts voor recht dat GS Media onrechtmatig heeft gehandeld jegens Sanoma c.s. door meerbedeelde hyperlinks op de website van GeenStijl te plaatsen;
veroordeelt GS Media tot vergoeding van de schade die Sanoma c.s. door de hiervoor bedoelde inbreuk en onrechtmatige daad hebben geleden, op te maken bij staat;
bepaalt dat ieder partij de eigen kosten draagt, zowel van de eerste aanleg als het hoger beroep;
verklaart dit arrest uitvoerbaar bij voorraad;
wijst af hetgeen meer of anders is gevorderd.

Noot

1. Wanneer is informatie op internet openbaar? Kan het plaatsen van een link worden gezien als een auteursrechtelijke openbaarmakingshandeling? De zaak Geenstijl/Playboy draait om deze vragen en raakt daarmee aan de kern van het internetrecht.
2. Vrijdag 14 februari 2014 gaf Lokke Moerel in haar oratie aan dat privacy het belangrijkste recht op internet is.² Waar het bij privacy op internet echter doorgaans het gebrek daaraan of inbreuken daarop betreft en de handhaving moeizaam is, is het auteursrecht een recht dat veelvuldig en met het nodige fanatisme wordt gehandhaafd. In het licht van de legio auteursrechtsschendingen op internet is dit overigens niet onbegrijpelijk. Soms worden niettemin juridisch grenzen verlegd die in ieder geval door mij niet uit te leggen zijn,³ zoals in de NederlandFM-zaak waar een link naar openbaar op het internet beschikbare informatie gezien werd als een auteursrechtelijk relevante openbaarmakingshandeling.⁴ Dat partijen die hun informatie om niet beschikbaar stellen het vervelend vinden als anderen daar zonder tegenprestatie (veel) geld mee verdienen is begrijpelijk,⁵ maar het auteursrecht kan in mijn ogen nooit bescherming bieden tegen het enkel verwijzen naar open-

baar op het internet beschikbare informatie. Gelukkig is ondanks het feit dat er geen beroep is aangetekend in de NederlandFM-zaak, de uitkomst daarvan inmiddels achterhaald door het Hof van Justitie van de EU dat op 13 februari 2014 in de Svensson-zaak bepaalde dat een link, zelfs een embedded link, niet een openbaarmakingshandeling kan zijn (communication to the public, zoals de elektronische pendant van het distributierecht in de EU wordt genoemd) als deze verwijst naar algemeen op het internet toegankelijke informatie.

3. In het hoger beroep in de zaak Playboy/Geenstijl was de status van de informatie waarnaar gelinkt werd minder duidelijk. Het ging hier om naaktfoto's van de inmiddels bij de lezers van Computerrecht bekende Britt Dekker.

4. Het hof constateert terecht dat het toegankelijk maken van informatie de eigenlijke openbaarmakingshandeling is en niet een link die daarnaar verwijst (r.o. 2.4.1):

“Het plaatsen van een hyperlink die verwijst naar de locatie op internet waar een bepaald werk voor publiek toegankelijk is gemaakt, is in beginsel geen zelfstandige openbaarmaking. De terbeschikkingstelling aan het publiek vindt plaats op de website waar de hyperlink naar verwijst (rechtsoverweging 4.11).”

5. Het hierboven al aangestipte meeliften op de werkzaamheden van anderen door een website te beheren waarvan de content bestaat uit links naar op andere sites geplaatste informatie kan ertoe leiden dat er steeds meer informatie achter betaalmuren verdwijnt of anderszins besloten wordt. Vooralsnog stelt het hof echter (r.o. 2.4.4) ‘dat het internet in zijn huidige vorm een vrij, open en voor een ieder toegankelijk communicatienetwerk is’.

6. Over de hyperlinks wordt in algemene zin opgemerkt (r.o. 2.4.4):

“Een zelfstandige manier van openbaar maken of van interventie daarbij is het geven van een hyperlink in dat geval in beginsel niet.”

Een uitzondering hierop vormt volgens het hof het geval dat informatie volledig privé is (r.o. 2.4.7):

“Indien, zoals Sanoma c.s. stelt maar GS Media betwist, de door een gebruiker op Filefactory geplaatste bestanden inderdaad volmaakt privé blijven, kan door de enkele plaatsingshandeling niet worden gesproken van ter beschikking stellen aan het publiek.”

Sanoma is er in de ogen van het hof niet in geslaagd bewijs voor de stelling dat de informatie privé was te leveren (r.o. 2.4.7):

“Sanoma c.s. hebben geen bewijs laat staan specifiek bewijs, zoals in hoger beroep wordt verlangd – van hun stelling aangeboden. Dat betekent dat hun stelling onbewezen blijft.”

2 L. Moerel (universiteit Tilburg): “Big Data Protection; How to make the draft EU regulation on data protection future proof.”

3 Zie noot Egeler & Lodder *Computerrecht* 2013.

4 Wie geïnteresseerd is in dit standpunt verwijs ik naar Seignette (advocaat BUMA in NederlandFM-zaak), Blok (rechter in NederlandFM-zaak) of Visser (noot AMI en Webwereld 3 januari 2013: “een mooie uitspraak die goed in elkaar zit.”).

5 Zie Nina Xu, Copyright cannot regulate new economy where money depends on the volume of internet traffic – Comments on Svensson Case, *Jurel.nl* 14 februari 2014, <http://jurel.nl/2014/02/14/>.

Daarmee is voor het hof duidelijk dat er niet van een openbaarmakingshandeling sprake is, een feitelijke vaststelling.

7. De openbaarheid van het internet wordt hier gezien als informatie die *niet* 'volmaakt privé' is. Wat is dat? Het door het hof gehanteerde criterium is in ieder geval op het internetgebruikersspectrum het omgekeerde uiterste ten opzichte van het criterium dat het HvJ EU in Svensson hanteert: 'all Internet users could therefore have free access'. Het is een terugkerende kwestie, of beslotenheid op internet mogelijk is. In de bekende Hyves-smaad-zaken deden gerechtshoven nog een poging om openbaarheid te koppelen aan bijvoorbeeld het aantal Hyves-vrienden.⁶ De Hoge Raad bepaalde uiteindelijk dat zelfs besloten communicatie openbaar kan zijn, namelijk als op grond van de aard van de uiting degene die een bepaalde uitspraak doet kan verwachten dat zijn gesprekspartner deze verder zal vertellen.⁷ Ook in de Wet openbaarheid van bestuur ('WOB') geldt dat als $n > 1$ is, de informatie openbaar is, aldus het adagium 'openbaar voor één, is openbaar voor een ieder'.

8. De positie die het hof in het onderhavige arrest inneemt is dus in lijn met de WOB en Smaad-doctrine. Het blijft echter bijzonder lastig om beslotenheid op internet te typeren. Als ik informatie plaats op <http://lodder.cli.vu/volmaaktprive> en alleen ik weet daarvan, is deze informatie dan *niet* openbaar? Daar is wat voor te zeggen. Het interessante is natuurlijk dat zodra iemand anders ernaar verwijst via een link, de plek al ten minste bij twee personen bekend is.

9. In wezen is daarom het meest werkbare criterium dat informatie waarnaar gelinkt wordt per definitie door de link *niet* openbaar gemaakt wordt, omdat deze dan al bij twee of meerdere personen bekend is. Het is de verantwoordelijkheid van degene die de informatie plaatst op internet dat de plek niet verder bekend wordt als hij dat (nog) niet wil. Dit geldt in meer algemene zin voor nog niet openbare informatie. Zo is het in deze casus de verantwoordelijkheid van Sanoma ervoor zorg te dragen dat de foto's van Britt pas openbaar worden als het tijdschrift waarin ze staat verschijnt. Als deze informatie dan toch beschikbaar komt, is het ook indien Sanoma geen verantwoordelijkheid voor deze plaatsing op internet kan en wil nemen, toch Sanoma aan te rekenen dat de informatie openbaar is. De informatie is voor eenieder vanaf dat moment te bereiken, ook als nog maar een kleine groep hiervan weet. Zo is het ook de verantwoordelijkheid van degene die informatie geplaatst heeft op <http://lodder.cli.vu/volmaaktprive> om ervoor te zorgen dat niemand van deze link weet. Zolang dit zo is, is de informatie nog niet openbaar. De hele wereld kan de plek waar de link naar verwijst bezoeken, maar nog niemand kan deze vinden – weet van het bestaan af. Zodra de plek bekend is, is de informatie openbaar. Als men dat niet wil, is het beste ervoor te zorgen dat de informatie van de betreffende plek verdwijnt.

6 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 23 februari 2010, ECLI:NL:GHAMS:2010:BL6050 en Hof 's-Hertogenbosch 22 april 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BQ2250 (waar het dan niet ging om Hyves- maar om MSN-vrienden).

7 HR 5 juli 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BQ2009.

10. Een andere casus is als informatie onrechtmatig openbaar gemaakt wordt. Hiermee bedoel ik dan niet informatie die nog niet openbaar had moeten zijn (zoals bij Playboy), maar bijvoorbeeld een e-book waar je normaal voor moet betalen. In dat geval is het linken in beginsel onrechtmatig. Toch blijft het ook hier lastig, omdat daarmee een verantwoordelijkheid op de schouders van de plaatser van de link wordt gelegd die niet wenselijk is. Je kan niet van iedere internetgebruiker verwachten dat deze op de hoogte is van wat precies inbreukmakende informatie is. Dit is temeer zo, daar als naar een pagina op internet verwezen wordt er ook later inbreukmakend materiaal op kan zijn verschenen. Hoe het zij, ik zou wel willen verdedigen dat als iemand naar dit type informatie linkt, de auteursrechtgebende in beginsel kan eisen dat de link verwijderd wordt. Maar niet op grond van het auteursrecht. Dit is echter niet de situatie in deze zaak maar wordt relevant nadat de Playboy verschenen is. Tegen een dergelijke situatie is overigens in het verleden ook veelvuldig opgetreden.

11. Dan is er nog het geval dat informatie op een andere plek op internet verschijnt, bijvoorbeeld de foto's van Britt. Ook in dit geval is verdedigbaar dat linken ernaar auteursrechtelijk niet toelaatbaar is, net als bij de reeds verschenen Playboy.

12. Interessant in het licht van het auteursrecht is nog het geval dat twee of meer personen tot de huiselijke kring behoren. Stel dat een schrijver een nog niet gepubliceerd manuscript plaatst op <http://lodder.cli.vu/ikhoopdatheeteenbestsellerwordt>. Als dan iemand uit zijn gezin bovenstaande link bekendmaakt, kan betoogd worden dat er pas door de link openbaar gemaakt wordt. Dit is echter een bijzonder specifiek geval, wat vooral theoretisch interessant is.

13. Bovenstaande analyse neemt niet weg dat het plaatsen van een link onrechtmatig kan zijn. Geenstijl handelde in de ogen van het hof onrechtmatig door de link te plaatsen. Hoewel ik in mijn noot bij eerste aanleg argumenten heb aangevoerd waarom het plaatsen van de link niet als onrechtmatig moet worden gezien, is deze conclusie van het hof verdedigbaar. Mijn betoog was speculatief, zoals het hof aangeeft (r.o. 2.4.2):

"De suggestie van GS Media dat Sanoma dit om publicitaire redenen zelf heeft gedaan [lekken van de foto's, ARL] is louter speculatief en op geen enkele wijze onderbouwd, zodat het Hof daaraan voorbij gaat."

Staan blijft wel dat het de taak van journalisten is om feiten aan het licht te brengen. Dat probeerde Geenstijl, hoe speculatief dan ook.

14. Meest juist lijkt me iedere link per definitie te zien als een verwijzing naar al openbare informatie, hoe besloten deze ook is. Zoals gezegd zijn er immers bij een link ten minste twee personen die van de informatie afweten, het geval dat iemand zijn eigen informatie via een link bekendmaakt is in dit licht uiteraard niet relevant. En wat nog belangrijker is, informatie op internet is ook zonder een link voor eenieder toegankelijk. Dat, onder omstandigheden, de wereld de informatie nog niet weet te vinden neemt niet weg dat

de informatie in potentie openbaar is. Onder omstandigheden kan de verwijzing wel als onrechtmatig worden gezien, maar nimmer als een openbaarmakingshandeling.

A.R. Lodder

Computerrecht 2014/40

Rechtbank Gelderland 27 november 2013, nr. C-06-135238 - HA ZA 12-496

(Mr. S.A.M. Vrendenbarg-Elsbeek)
m.nt. J.I. Krikke¹

(art. 7:401 en 7:403 BW)

ECLI:NL:RBGEL:2013:4796

Geen schending zorgplicht door software-onderhoudspartner. De softwaregebruiker heeft zelf wijzigingen aangebracht in de hardware-omgeving waardoor een licentietekort ontstond. De partij die het onderhoud verleende wist niet en hoefde niet te weten van deze wijzigingen en had daarom geen plicht om te waarschuwen voor het ontstane licentietekort.

uitspraak/vonnis/arrest in de zaak van:
vonnis

RECHTBANK GELDERLAND

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Zutphen

zaaknummer / rolnummer: C/06/135238 / HA ZA 12-496

Vonnis van 27 november 2013

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

TAUW GROUP B.V.,

gevestigd te Deventer,

eiseres,

advocaat mr. drs. H. van der Perk te Apeldoorn,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

IMTECH ICT BUSINESS SOLUTIONS BV,

gevestigd te Zaltbommel,

gedaagde,

advocaat mr. drs. J.H. Hommel te Zoetermeer.

Partijen zullen hierna Tauw Group en Imtech genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het tussenvonnis van 22 mei 2013
- het proces-verbaal van comparitie van 2 september 2013.

¹ Judica Krikke is advocaat bij Stibbe te Amsterdam

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. Tauw Group is een financiële holding waarbinnen zij een advies- en ingenieursbureau heeft, gericht op ruimtelijke ontwikkeling, watermanagement en goed leefklimaat. Imtech drijft een groothandel in computers, randapparatuur en software. Eniac Essentials is onderdeel van Imtech.

2.2. In juli 2009 zijn partijen een overeenkomst van opdracht 'support' aangegaan voor supportdiensten gericht op de Lotus Domino omgeving (software van IBM en ISeries omgeving). Op grond van die overeenkomst (hierna: de supportovereenkomst) kan Tauw Group ook IBM producten, waaronder licenties, van IBM afnemen. Blijkens de considerans bestaan de support- en beheerdiensten uit servicedesk ondersteuning ingeval van calamiteiten en preventief en periodiek beheer van de in gebruik zijnde systeemomgeving.

2.3. In juli 2009 is tevens een mantelovereenkomst gesloten, waarin de bepalingen zijn vastgelegd waaronder door Tauw Group aan Imtech opdrachten zouden worden verstrekt.

2.4. Op 20 augustus 2009 heeft Tauw Group in de persoon van [naam 1], [naam 2] van Imtech benaderd met de vraag of hij met een WebSphere specialist van Imtech de mogelijkheden zou kunnen doornemen tot handhaving van de SSO-functionaliteit bij de ombouw van een IBM WebSphere omgeving naar een Microsoft omgeving. Imtech heeft vervolgens geadviseerd om de WebSphere software van Tauw Group te upgraden. Daarbij ging Imtech ervan uit dat er op nieuwe VM instances nieuwe installaties zouden worden uitgevoerd. Op 21 oktober 2009 heeft [naam 1] van Tauw Group aan Imtech gevraagd of de fysieke server waarop CRM draait, de T0059, kon worden vervangen door een VM instance. Hij vroeg op dezelfde datum aan de adviseur inkoop van Tauw Group, [naam 3], of laatstgenoemde bij Imtech een offerte wilde vragen voor de upgradekosten van met name genoemde licenties. [naam 3] antwoordde daarop dat volgens [naam 4] (van Imtech, rb) upgrades onderdeel uitmaken van Passport Advantage en daarom kosteloos zijn (producties 4, 5, 6, 7 en 9 bij dagvaarding).

2.5. Tauw Group heeft op 15 januari 2010 aan Imtech een opdracht verstrekt tot advisering door Imtech aan Tauw Group bij het opwaarderen van Tauws WebSphere-software. De opdracht was gebaseerd op een rapport van Imtech van dezelfde datum. (productie 12 bij dagvaarding).

2.6. In het rapport staat onder meer het navolgende vermeld:

"(...) 2.1. Infra werkzaamheden

Tijdens de inventarisatie is gekeken naar de huidige WebSphere omgeving. Hieronder treft u een overzicht aan van de servers welke momenteel operationeel zijn.

2.2.1. Huidige omgeving:

T0020 test WPS (...)

T0059 (fysiek) prod WPS (...)